



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

Facultat de Dret  
Facultad de Derecho

**FACULTAD DE DERECHO**

**PROGRAMA DE ESTUDIOS SIMULTÁNEOS:**

**GRADOS DERECHO - CRIMINOLOGÍA**

**TRABAJO FIN DE GRADO DE DERECHO**

**CURSO ACADÉMICO 2018-2019**

TÍTULO:

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL EMPLEO DE EXTRANJEROS EN  
SITUACIÓN IRREGULAR: DERECHOS, PRESTACIONES,  
OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.**

AUTOR:

**RUBÉN JOSÉ ANTÓN MARTÍNEZ**

TUTOR ACADÉMICO:

**DR. D. MIGUEL BASTERRA HERNÁNDEZ**

## ÍNDICE

<b>1. <u>Análisis de Sentencias</u></b> .....	<b><u>pág. 3.</u></b>
1.1. <u>STC nº 259/2007</u> , sobre derechos de los extranjeros.	
1.2. <u>STC nº 236/2007</u> , sobre derechos de los extranjeros.	
1.3. <u>STS nº rec. 9978/1992</u> , sobre la obligación de cotización.	
1.4. <u>STS nº rec. 4217/2002</u> , sobre prestación por accidente de trabajo.	
1.5. <u>STS nº rec. 106/2009</u> , sobre prestación por accidente de trabajo con suplantación de identidad.	
1.6. <u>STSJ Extremadura nº rec 426/2012</u> , sobre prestación por contingencias comunes.	
1.7. <u>STSJ Cataluña nº rec 6147/2010</u> , sobre sucesión de contratas con asunción de plantilla.	
1.8. <u>STJUE C-311/13</u> , sobre protección del trabajador ante insolvencia empresarial.	
1.9. <u>STS nº rec. 1341/2015</u> , sobre despido.	
1.10. <u>STS nº rec. 2398/2012</u> , sobre despido.	
1.11. <u>STS nº rec. 800/2007</u> , sobre prestación por desempleo.	
1.12. <u>STS nº rec. 1153/2015</u> , sobre prestación por desempleo.	
1.13. <u>STSJ C. Valenciana nº rec. 3181/2009</u> , sobre subsidio por desempleo.	
1.14. <u>STS nº rec. 668/2014</u> , sobre delitos contra los derechos de los extranjeros.	
1.15. <u>STJUE C-166/13</u> , sobre derecho a ser oído en la decisión de retorno.	
<b>2. <u>Conclusiones</u></b> .....	<b><u>pág. 18</u></b>
<b>3. <u>Bibliografía</u></b> .....	<b><u>pág. 24</u></b>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 259/2007 de 19 de diciembre (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>La Junta de Andalucía promueve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, referido a modificaciones que la LO 8/2000 llevó a cabo en la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX).</p> <p>En concreto, se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 5, 6, 9, 15, 16 y 56 del artículo 1 de la LO 8/2000 y del artículo 22 de la LO 4/2000.</p>	<p>El Pleno del Tribunal Constitucional debate y resuelve sobre la posible inconstitucionalidad y sobre si los extranjeros que no poseen autorización de residencia y trabajo tienen o no y en qué medida las siguientes libertades: de reunión y manifestación (art. 1.5 LO 8/2000); de asociación (art. 1.6); de sindicación y huelga (art. 1.9); derecho al recurso a los actos administrativos (art. 1.15); derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 1.16 LO 8/2000 y art. 22 LO 4/2000). Por último, de debate sobre si es inconstitucional el art. 1.56 LO 8/2000 referente al procedimiento preferente de expulsión.</p>	<p>El recurrente apunta que es necesario interpretar los DDFF a la luz de los Tratados ratificados por España (art. 10.2 CE). Por ello, estima que los apartados 5, 6, 9 del artículo 1 no se ajustan a los respectivos Convenios que los regulan. En cuanto a la AJG (art. 24 CE), esta no puede limitarse por la situación administrativa del extranjero. También se ve limitado el art. 24 CE según el recurrente por la ejecución inmediata de la expulsión acordada en vía administrativa, ya que impide el acceso a los Tribunales y a los recursos.</p> <p>El Abogado del Estado sostiene que el art. 13.1 prevé la posibilidad de establecer un régimen especial para los extranjeros. Los derechos de reunión, manifestación y asociación son de configuración legal y nacen cuando se obtiene la autorización de residencia. En cuanto a los derechos de sindicación y huelga, es absurdo según él que quien no está autorizado para trabajar pueda ejercer medios de presión. Por otro lado, La AJG queda garantizada ya que el precepto incluye que "se entenderá sin perjuicio de lo establecido en leyes y tratados internacionales".</p>	<p>El Tribunal, para pronunciarse sobre los apartados 5, 6 y 9, se remite a la STC 236/2007, en la que ya se declaran inconstitucionales (sin pronunciarse sobre el derecho a huelga). En cambio, el Tribunal aquí sí se pronuncia y lo declara inconstitucional y nulo, ya que es un derecho que pertenece por el solo hecho de ser trabajador.</p> <p>El TC no estima que la regulación impugnada impida el acceso a los Tribunales y a los recursos, debido a que la brevedad en los plazos de expulsión no implica per se la vulneración del art. 24 CE.</p> <p>Por último, el apartado 16 (AJG) fue declarado inconstitucional y nulo en la STC 236/2007, ya que todas las personas son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva.</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 236/2007 de 7 de noviembre. (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>El Parlamento de Navarra promueve recurso de inconstitucionalidad relativo a los apartados 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53, y 56 del artículo 1 de la LO 8/2000, de modificación de la LO 4/2000 (LOEX).</p> <p>En lo que a la temática de este trabajo interesa, los apartados 5, 6 y 16 del artículo 1 de la LO 8/2000 establecen como requisito para la titularidad y ejercicio de tales derechos, la previa autorización de residencia. El apartado 9, en su vertiente de libertad sindical, requiere autorización de residencia, y en la vertiente del derecho a huelga, requiere además, autorización de trabajo.</p>	<p>Se debate sobre la posible inconstitucionalidad de, entre otros, los siguientes apartados del artículo 1 de la LO 8/2007: apartado 5 (derecho de reunión), apartado 6 (derecho de asociación), apartado 9 (derecho de libertad sindical), apartado 14 y 20 (permite que en algunos supuestos no se motive la denegación del visado), apartado 16 (AJG) y apartado 53 (internamiento de extranjeros en supuestos de retorno).</p>	<p>Las posiciones relativas a los apartados 5, 6, 9 y 16 son similares a los establecido en el análisis de la Sentencia 259/2007, por lo que me remito a lo allí indicado.</p> <p>Según el Parlamento de Navarra, los apartados 14 y 20 permiten que en algunos supuestos se deniegue el visado sin motivar el acuerdo, lo que iría en menoscabo de los arts. 24.1 CE en relación con el 9.3 y 106.1 CE, ya que impide su posterior control jurisdiccional y afecta al derecho de defensa. El punto 53 no garantiza que recaiga sobre el poder judicial la decisión sobre el internamiento en supuestos de retorno más allá de las 72 horas.</p> <p>El Abogado del Estado alega que no se impone la no motivación del resto de los acuerdos de denegación de visados, y que los preceptos invocados no imponen la motivación de todos los actos administrativos. Del punto 53 argumenta que es el poder judicial el que decide sobre la situación personal del extranjero y determina donde debe ser internado.</p>	<p>El Tribunal estima inconstitucional los apartados 5, 6, 9 (relativo a la libertad sindical; no se impugna aquí la vertiente de huelga) y 16. No se pueden eliminar estos derechos a quien no posee autorización de residencia, ya que están vinculados con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y son titulares todas las personas.</p> <p>El TC considera que solo en determinados casos excepcionales el deber de motivación de los actos administrativos alcanza una dimensión constitucional: cuando se trate de limitar derechos fundamentales (y este no es el caso). Además, la arbitrariedad está sometida a control jurisdiccional, al igual que está sometida a su control el internamiento en supuestos de retorno, por lo que desestima ambos motivos.</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Supremo (Sala Cont.-Admin., Sec. 4ª). Sent. de 2 de diciembre 1998, nº rec. 9978/1992. (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>Un trabajador sin permiso de trabajo y sin estar dado de alta en la Seguridad Social es despedido y ejercita la acción por despido. Después de que la Magistratura de Trabajo declarase la caducidad de la acción de despido, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social hasta el momento de la declaración de caducidad de la acción por despido.</p> <p>La resolución de la ITSS fue recurrida por el empresario en alzada ante la Dirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y SS, que la confirmó. Posteriormente, en sede judicial, el TSJ de Madrid anuló las resoluciones precedentes. El caso llega al TS mediante recurso de apelación interpuesto por la AGE.</p>	<p>La cuestión debatida se refiere a si los trabajadores que realizan un trabajo por cuenta ajena sin permiso de trabajo deben cotizar a la Seguridad Social (Régimen General), y si por lo tanto, existe la obligación empresarial de cotizar por el trabajador.</p> <p>En el caso de que sí se deba cotizar, se plantea si la obligación se extingue en el momento del despido o continúa hasta la declaración de caducidad de la acción por despido.</p>	<p>La posición del Estado en su recurso de apelación se basa en que la Ley Orgánica de Extranjería de 1985 (aplicable al caso) no establece la nulidad del contrato de trabajo que se lleva a cabo con extranjero en situación irregular. Por otro lado, se refiere al artículo 64 de la LGSS de 1974, por el cual "los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de la SS de los trabajadores que ingresen a su servicio", lo que a vista de la AGE significa que solo es necesario que estén realmente prestando servicios.</p> <p>Por su parte, el empresario alega que no es posible equiparar la protección de SS de quien está trabajando legalmente y quien lo hace de forma ilegal, además de señalar que los derechos de los extranjeros se llevan a la práctica solo en el caso de que se cumpla con la legalidad española (poseer permiso de trabajo).</p>	<p>El TS argumenta que el Convenio de la OIT de 1949 establece que el contrato de trabajo celebrado por extranjero en situación irregular es nulo (sin matices). Ello contrasta con lo esgrimido por la Sala de lo Social del TS en otras Sentencias posteriores analizadas en este trabajo.</p> <p>No obstante, es de aplicación el artículo 9.2 ET. Para el TS, la "remuneración consiguiente a un contrato válido" también es aplicable a la cotización a la SS. Por último, hace referencia al art. 70.1 LGSS/74, que establece que la obligación de cotizar nace en el momento del comienzo de la prestación laboral y finaliza en el momento del despido, por lo que estima el recurso en parte, limitando la obligación de cotizar hasta ese momento, ya que como la acción de despido estaba caducada no corresponden salarios de tramitación.</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 9 de junio de 2003, nº rec. 4217/2002 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>Un trabajador ecuatoriano, sin permiso de trabajo, sufre un accidente de trabajo mientras conducía el coche de la empresa en su jornada laboral. La empresa conocía que el trabajador no poseía permiso de trabajo y no estaba dado de alta en la Seguridad Social.</p> <p>El caso llega al Tribunal Supremo después de que el Juzgado de lo Social de Huesca y el TSJ de Aragón determinaran que el trabajador tenía derecho a asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo a cargo de la empresa.</p>	<p>En el presente caso se debate la cuestión de si tiene derecho a prestaciones económicas y asistencia sanitaria un trabajador que, sin tener permiso de trabajo ni estar dado de alta en la Seguridad Social, sufre un accidente de trabajo.</p> <p>El Tribunal Supremo, en su Sentencia, hace referencia a otras Sentencias en las que los trabajadores que sufren accidentes de trabajo sin estar dados de alta en la SS tienen derecho a prestaciones. En estas Sentencias el trabajador no era un extranjero sin permiso de trabajo, por lo que habría que determinar si se puede extrapolar la doctrina también a estas situaciones o si existe un precepto que lo impida.</p>	<p>El recurso de casación para la unificación de doctrina lo interpone el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la Sentencia del TSJ de Aragón que reconoce el derecho del trabajador de obtener la prestación por accidente de trabajo. Para fundamentar su posición, el INSS ofrece, como Sentencia de contraste, la Sentencia del TSJ de La Rioja fechada en 27 de noviembre de 2001. En la misma, se da una situación similar con un súbdito marroquí en el que le es denegada la prestación.</p> <p>Por su parte, el trabajador alega que no existe precepto donde se excluya la posibilidad de obtener la prestación por el hecho de no tener permiso de trabajo.</p>	<p>Según el TS es necesario comprobar si hay algún precepto que impida que los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo obtengan prestaciones por accidente de trabajo.</p> <p>En primer lugar, si bien el Convenio 19 de la OIT requiere, para otorgar el mismo trato a nacionales y extranjeros, que el estado en cuestión haya ratificado el Convenio, y Ecuador no lo ha hecho, la Orden de 28 de diciembre de 1966 entiende que existe reciprocidad, en todo caso, en accidentes de trabajo y enfermedad profesional.</p> <p>Además, la LO 4/2000, en su artículo 57.5.d), establece de forma implícita la posibilidad de que extranjeros sin permiso de trabajo obtengan prestaciones por accidente de trabajo.</p> <p>Por todo ello, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por el INSS y determina el derecho del trabajador, si bien a cargo de la empresa, estando obligada la mutua a anticipar el pago, y con responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS.</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, sec. 1ª). Sentencia de 21 de enero 2010, nº rec. 106/2009 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>La presente Sentencia resuelve el caso de un trabajador que, sin poseer autorización de residencia y trabajo, suplanta la identidad de otro y es contratado por la empresa, sin conocer esta la verdadera identidad del trabajador, estando el mismo dado de alta en la SS pero a nombre de persona distinta que sí tenía autorización para trabajar.</p> <p>El trabajador sufre un accidente de trabajo y solicita la prestación por incapacidad permanente, lo que deniega el INSS. Ya en sede judicial, la Sentencia de Instancia reconoce el derecho al trabajador, y en suplicación se revoca la sentencia, llegando el caso al Tribunal Supremo.</p>	<p>La cuestión debatida va referida al supuesto de si un trabajador, que ha suplantado la identidad de otro que sí tiene autorización de trabajo y es con este nombre con el que ha firmado el contrato y con el que está dado de alta en la Seguridad Social (sin conocer la empresa esta suplantación de identidad), tiene derecho a prestaciones por incapacidad permanente derivadas de un accidente de trabajo, teniendo en cuenta que es la suplantación de identidad lo que ha permitido que se produjera el contrato.</p>	<p>El trabajador, recurriendo en casación para la unificación de doctrina, aporta como Sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2006, en la que, en un supuesto similar, sí se le concede la prestación por gran invalidez. Por otro lado, también alega infracción del artículo 42 del RD 84/1996. Es de destacar que el trabajador no alega que el contrato no sea nulo, sino que, pese a serlo, es el hecho de prestar materialmente unos servicios lo que permite tener derecho a las prestaciones por contingencias profesionales, teniendo en cuenta que la reciprocidad con otros estados en estas materias se da también en supuestos de ilegalidad (Orden de 28/12/1966).</p> <p>Por su parte, el MF, entiende que hay diferencias esenciales entre la sentencia aquí tratada y la de contraste.</p>	<p>El Tribunal entiende que, pese a no existir diferencias sustanciales entre la sentencia recurrida y la de contraste, este caso no es similar a la situación genérica de un trabajador que no tiene autorización de trabajo (donde sí tiene derecho a la prestación), ya que en ese caso es el empresario el que incumple su obligación de solicitar la autorización. En este caso, en cambio, no existe un consentimiento contractual válido debido a que el empresario pensaba que el trabajador tenía autorización para trabajar. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no se puede hablar de contrato (o, a lo más, contrato nulo) cuando falta uno de los elementos esenciales del mismo, es decir, en palabras del TS, estamos ante un "error sustancial que invalida aquel consentimiento", por lo que no existe el derecho del trabajador a la prestación por IP.</p>

**Referencia sentencia:** España. TSJ Extremadura (Sala de lo Social, sección 1ª). Sentencia de 29 de octubre, nº rec. 426/2012. (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>A un empleado marroquí se le reconoce y percibe prestación de incapacidad temporal por contingencia común. Posteriormente, pierde la autorización de residencia y trabajo (no se le renueva), pero sin conocer este hecho, el INSS le reconoce la incapacidad permanente absoluta. Poco tiempo después, la Subdelegación del Gobierno de Cáceres comunica al INSS que el beneficiario de la prestación no tiene autorización de residencia y trabajo desde antes de recibir la prestación por IP.</p> <p>El INSS solicita al Juzgado la devolución de lo percibido, y se le concede. El trabajador impugna ante el TSJ de Extremadura, que se pronuncia sobre el conflicto.</p>	<p>En el caso a analizar se debate la cuestión de si un extranjero, que con la pertinente autorización de residencia y trabajo presta servicios para un empleador y posteriormente no se le renueva la misma, tiene derecho a una prestación por IT o IP por contingencia común cuando al momento del hecho causante de la prestación ya no posee la autorización de residencia y trabajo, pese a haber cumplido los períodos mínimos de cotización para la prestación.</p>	<p>El trabajador alega, en primer lugar, que desde que obtuvo la autorización de residencia y trabajo ha estado trabajando y cotizando a la SS en todo momento, sobrepasando los períodos mínimos de cotización requeridos para las prestaciones que se le reclaman. Además, el trabajador alega que en el Convenio sobre Seguridad Social que España tiene con Marruecos se habla de igualdad de trato con los extranjeros que estén o <u>hayan estado</u> incluidos dentro del régimen de SS.</p> <p>Por otro lado, el INSS y la TGSS basan su posición en el hecho objetivo de que en el momento del hecho causante de la prestación por IP no se encontraba en situación regular.</p>	<p>El Tribunal estima que no es el mismo caso una IT/IP por contingencias profesionales que por contingencias comunes (en el primer caso sí tendría derecho a la prestación). Además, estima que tampoco es lo mismo si el trabajador no posee únicamente autorización de trabajo, que si el trabajador no tiene, además de la autorización de trabajo, tampoco autorización de residencia (si reside regularmente en España, aunque no tenga autorización de trabajo, tendría derecho a la prestación), como comento en la STS de 18 de marzo de 2008 (núm. rec. 800/2007).</p> <p>Por último y para concluir, contestando al argumento relativo al Convenio con Marruecos, el Tribunal concluye que se le ha aplicado la LGSS al actor, y añade que para tener derecho a la prestación se debe estar incluido en el campo de aplicación del Régimen General de la SS en el momento de producirse el hecho causante de la prestación por lo que se le deniega la misma y se le obliga a devolver lo percibido.</p>



**Referencia sentencia:** España. TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 20 de mayo de 2011, nº rec. 6147/2010 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
Se produce una sucesión de contratas con asunción de plantilla, debido a la obligación establecida en el pliego de condiciones, en los servicios de mantenimiento del Palau Sant Jordi. En el momento de la subrogación, un empleado que había perdido el permiso de trabajo ve extinguida su relación laboral, no continuando la prestación de servicios para la nueva empresa contratista. El trabajador acciona por despido y el Juzgado de lo Social declara el despido improcedente y el derecho del trabajador a indemnización y salarios de tramitación a cargo de la contratista entrante, absolviendo a la contratista saliente y a su unión temporal de empresas y establece la posibilidad de readmisión pese a haber perdido el permiso de trabajo. Posteriormente, recurren en suplicación tanto el trabajador, como la nueva empresa contratista.	<p>La cuestión debatida en este caso se centra en la posibilidad de conceder una indemnización y salarios de tramitación a un trabajador que ve extinguida su relación laboral en el momento de la sucesión empresarial, concretamente en una sucesión de contratas con asunción de plantilla, debido a la pérdida previa de autorización para trabajar. Además, se debate si cabe la posibilidad de readmisión.</p> <p>Por otro lado, una última cuestión es la de qué empresa (la contratista entrante o saliente) es la responsable en el pago de la supuesta indemnización al trabajador.</p>	<p>El trabajador alega que debe haber responsabilidad solidaria de la empresa saliente y la entrante, no solamente de esta última, ya que el cese del trabajo se produce cuando está trabajando para la contratista saliente.</p> <p>Por su parte, la contratista entrante suplica la revocación de la sentencia debido a que la obligación de subrogación infringiría el artículo 1255 CC (imposibilidad de pactos contra legem) y los arts. 37.1 y 54.1.d) LOEX y 37.1 LISOS (necesidad de autorización para trabajar e infracción muy grave si no existe autorización).</p>	<p>El TSJ de Cataluña entiende que el cese del trabajo (despido) se produce cuando trabajaba para la contratista saliente, por lo que la responsable del despido es esta y su unión temporal de empresas. En este sentido, añade que estas empresas eran las que deberían haber advertido que el extranjero no poseía el permiso de trabajo. Por ello, revoca la Sentencia de instancia en el sentido de condenar de forma solidaria a la contratista saliente y a su unión temporal de empresas al pago de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación, absolviendo a la contratista entrante, entendiendo que esta última no ha cometido ninguna infracción.</p> <p>Por último, niega toda posibilidad de readmisión o continuación de la relación laboral, debido a que supondría infracción de los preceptos citados en el apartado anterior.</p>

**Referencia sentencia:** TJUE . Sentencia de 5 de noviembre de 2014, Caso Turner, (C-311/13) ECLI:EU:C:2014:2337 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>Interpretación de directiva comunitaria. Un trabajador turco pierde el permiso de residencia en los Países Bajos. Posteriormente, la empresa en la que trabaja es declarada en situación de insolvencia. Le deniegan la prestación por insolvencia debido a que en la ley interna sobre desempleo el término trabajador asalariado (concepto al que se refiere la directiva comunitaria) excluye a los trabajadores que se encuentren en situación irregular. En apelación, el Tribunal encargado de resolver plantea cuestión prejudicial al TJUE.</p>	<p>La cuestión gira en torno a si es acorde a la Directiva 80/987/CEE (relativa a la protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial) la disposición nacional interna que restringe el término "trabajador asalariado" únicamente a los que trabajen de forma legal, o si por el contrario, la Directiva debe interpretarse incluyendo a los extranjeros que no posean del correspondiente permiso de residencia.</p> <p>La cuestión es relevante, en el marco del presente trabajo, ya que la citada Directiva va dirigida a todos los Estados Miembros (art. 13 Directiva), por lo que su interpretación nos vincula. En conclusiones, adaptaré los argumentos jurídicos que se exponen en esta Cuestión Prejudicial a nuestro derecho interno, para comprobar en qué medida nos vemos obligados.</p>	<p>El Consejo de Administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores asalariados (Uwv) y el Gobierno neerlandés alegan que el artículo 137.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en el que se basa la Directiva, no se refiere a nacionales de terceros países, únicamente a nacionales de los países miembros, por lo que no protegería a extranjeros en situación irregular. Además, afirman que lo contrario atentaría contra la política de inmigración de la Unión, máxime teniendo en cuenta que la Directiva 2003/109/CEE solo impone igualdad de trato a los nacionales de terceros países que se encuentren en situación regular.</p> <p>El trabajador alega que cumplía con los requisitos para considerarse "trabajador asalariado", aunque no tuviera el permiso.</p>	<p>El Abogado General del TJ afirma que el artículo 137.2 citado no impide que se proteja también a nacionales de terceros países en situación irregular.</p> <p>El TJUE estima que las legislaciones internas no tienen libertad absoluta para definir el concepto de "trabajador asalariado". Por un lado, las exclusiones del ámbito de aplicación de la directiva están tasadas y no hay un supuesto que se refiera a no tener permiso de residencia. Además, pese a que la Ley sobre desempleo excluya a los extranjeros sin autorización de residencia, la ley civil no lo hace, y a la luz de la finalidad social y protectora de la directiva, el TJ estima que no pueden excluir al extranjero y que sí le corresponde la protección por insolvencia recogida en la Directiva.</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Secc. 1ª). Sentencia 16 de noviembre 2016, nº rec. 1341/2015 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>Una trabajadora es despedida debido a la falta de renovación de la autorización de residencia y trabajo, entendiendo la empresa que este hecho es una condición resolutoria consignada en el contrato.</p> <p>La cuestión llega a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mediante recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa después de haber sido resuelta de distinta forma en el Juzgado de lo Social nº18 de Madrid (declarando el despido procedente) y en el TSJ de Madrid (entendiendo que el despido era improcedente).</p>	<p>La cuestión debatida gira en torno a la posibilidad de que figure en el contrato de trabajo, como causa de extinción del mismo, la falta de renovación de la autorización de trabajo en base al artículo 49.1.b) ET. De darse esa posibilidad, surge la pregunta de si es una causa implícita en el contrato de trabajo o debe especificarse explícitamente.</p> <p>Además, se trata la cuestión de las posibles indemnizaciones a las que podría tener derecho un extranjero despedido por este motivo.</p>	<p>La empresa, en casación, alega contradicción con la Sentencia de 13 de junio de 2012 (rollo 1228/2012) del TSJ de Madrid. Dicha contradicción es requisito exigido por el artículo 219.1 LJS. En esta última Sentencia, la Sala establece que la no renovación de la autorización de trabajo es una condición de extinción implícita en el contrato de trabajo, por lo que aún no estando plasmada expresamente actuaría como causa válida de extinción del contrato, en base al artículo 49.1. b) ET.</p> <p>La trabajadora alega que su despido ha sido improcedente ya que en su contrato no figuraba como causa de extinción del mismo la falta de renovación de la autorización de trabajo y no puede entenderse de forma implícita.</p>	<p>La resolución del Tribunal Supremo coincide con la dictada por la Sala del TSJ de Madrid. En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que, en primer lugar, no se estableció en el contrato de trabajo como causa de extinción la falta de renovación de la autorización de trabajo.</p> <p>Pero el Tribunal va más allá, y establece que aunque se hubiera pactado expresamente, no sería válida dicha cláusula del contrato, ya que el precepto 49.1.b) solo permite pactar causas que no estén previstas en la ley, y la causa en cuestión podría incardinarse en el apartado 1) del art. 49.1 ET, además de considerarse abusiva si se pacta mediante el art. 41.1.b).</p> <p>Por último, establece que, aunque el contrato de trabajo debe extinguirse, la trabajadora tendrá derecho a la indemnización por despido improcedente, debido a la validez del contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador (art. 36.5 LOEX).</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sec. 1ª). Sent. de 17 de septiembre 2013, nº rec. 2398/2012 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
Un trabajador es dado de baja de oficio del Régimen General de la Seguridad Social por no tener permiso de trabajo, y en base a ello la empresa le comunica que se extingue la relación laboral. El trabajador acciona por despido y el Juzgado de lo Social de Madrid condena a la empresa a pagar la indemnización correspondiente a un despido improcedente y los salarios de tramitación. La empresa recurre y el TSJ de Madrid anula la Sentencia anterior, entendiendo que no corresponde la indemnización ni los salarios de tramitación. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se pronuncia en casación para la unificación de doctrina, debido a las diversas Sentencias contradictorias en la materia.	<p>En la Sentencia, se trata la posible indemnización y salarios de tramitación a los que puede tener derecho un extranjero que ve extinguida su relación laboral debido a la falta de permiso de trabajo.</p> <p>Para la resolución, el Tribunal Supremo entiende enfrentados el artículo 7.1 ET y 36.1 LOEX, por un lado, y el artículo 36.5 LOEX, por otro, por lo que es necesario unificar doctrina para encontrar los límites de cada artículo.</p>	<p>En casación, el trabajador alega como Sentencia de contraste la Sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2010 (R. 2002/2010), donde se establece que el motivo de la falta del permiso de trabajo, o su renovación, es causa de extinción del contrato de trabajo en base a una ineptitud sobrevenida, recogida en el artículo 49.1 l) y 52.a), lo que daría lugar a una indemnización de 20 días por año trabajado.</p> <p>Por el contrario, la empresa basa sus pretensiones en la Sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Madrid, que considera que no se puede hablar de despido, ya que estrictamente no es una decisión unilateral del empresario, sino que ha devenido nulo el contrato por una circunstancia sobrevenida.</p>	<p>La Sala de lo Social del Tribunal Supremo establece que, si bien hay diferencias entre este caso y la Sentencia de contraste del País Vasco (en esta última existe una no renovación del permiso de trabajo y el caso en cuestión hay una baja de oficio de la Seguridad Social) los supuestos no presentan diferencias sustanciales y la forma de actuar de un trabajador afectado y otro es equiparable. Por lo tanto, estima que hay contradicción entre ambas sentencias.</p> <p>Por ello, y pese a que el art. 7.1 ET en relación con el art. 36.1 LOEX establece la nulidad del contrato de trabajo con extranjero en situación irregular, el Tribunal Supremo estima el recurso del trabajador en base al artículo 36.5 LOEX, que establece la validez del contrato respecto a los derechos del trabajador, condenando a la empresa a abonar la indemnización de 33 días/año trabajado y los salarios de tramitación.</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sent. de 18 de marzo 2008. nº rec. 800/2007. (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>Un empleado sin autorización de residencia y trabajo es despedido, y después de declararse el mismo improcedente (con la consiguiente indemnización y salarios de tramitación), solicita prestación por desempleo.</p> <p>El SEPE le deniega la prestación, y judicialmente, tanto en primera instancia como en suplicación, también le es denegada.</p> <p>El caso llega al Tribunal Supremo en recurso de casación para la unificación de doctrina.</p>	<p>La cuestión debatida consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir prestación por desempleo un extranjero en situación irregular (sin autorización de residencia ni de trabajo) que ha trabajado para una empresa sin estar dado de alta en la Seguridad Social y ha sido despedido.</p> <p>Hay que destacar que esta es la primera Sentencia del TS resolviendo esta cuestión, y es una sentencia anterior a la modificación de la LOEX operada por la LO 2/2009, la que establece ya textualmente que "el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo" (art. 36.5 LOEX <i>in fine</i>). No obstante, tiene pronunciamientos interesantes.</p>	<p>El trabajador alega infracción del artículo 36.3 LOEX en la redacción dada por la LO 14/2003. Según el citado artículo "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario [de trabajo], sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle". Además, aporta como Sentencia de Contraste la Sentencia núm. 2051/2005 del TSJ de Castilla-La Mancha (Valladolid), de 21 de noviembre, en la que en un caso similar se le concede el desempleo.</p> <p>El SEPE alega que los extranjeros irregulares solo tienen derecho a prestaciones sociales básicas (art. 14.3 LOEX), y el desempleo no lo es.</p>	<p>Es esencial, según el TS, un buen entendimiento del artículo 14 LOEX, que establece una diferenciación entre las prestaciones de SS a las que tiene derecho un extranjero residente (apartados 1 y 2) y las prestaciones a las que tiene derecho un extranjero irregular (ap. 3): los extranjeros sin autorización de residencia solo tienen derecho a las prestaciones sociales básicas, en las que no se incluye la prestación por desempleo, por lo que desestima el recurso. Hay que tener en cuenta, además, la imposibilidad de cumplir los requisitos para la prestación por parte de quien no puede trabajar legalmente.</p> <p>Es destacable que el Tribunal entiende que los extranjeros residentes pero sin autorización de trabajo sí que tienen derecho a prestaciones por desempleo, además de mencionar la posible responsabilidad indemnizatoria del empleador cuando la falta de requisitos para acceder a prestaciones le sea imputable.</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno). Sentencia de 31 de enero de 2017, nº rec. 1153/2015 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>En el presente caso nos encontramos con un trabajador que comienza prestando servicios sin contar con la autorización de residencia y trabajo y durante la relación laboral regula su situación. Posteriormente, es despedido, declarándose el despido improcedente, con lo que solicita la prestación por desempleo, que solo tiene en cuenta los días cotizados (no los días anteriores a la adquisición de la autorización de residencia y trabajo).</p> <p>El trabajador impugna judicialmente. El juzgado de lo Social y el TSJ de Cataluña estiman lo mismo que el SEPE y la cuestión llega al TS dado que existen sentencias contradictorias en la materia.</p>	<p>En este caso la cuestión debatida gira en torno al período que se estima trabajado de cara a la concesión de la prestación por desempleo en los casos en los que la autorización de residencia y trabajo se concede durante la prestación laboral.</p> <p>Es decir, se debate si el tiempo trabajado en situación de irregularidad (sin la autorización de residencia y trabajo) computa a efectos de la prestación por desempleo, o solo se computa desde la regularización del trabajador.</p>	<p>El actor solicita que se tenga en cuenta el período trabajado con anterioridad a la obtención de la autorización de residencia y trabajo. Para ello, alega como Sentencia de contraste la sentencia del TSJ de Cataluña, de 17 de octubre de 2012 (nº rec. 5280/2011), en la que en un caso similar, sí tiene en cuenta el período trabajado de forma irregular.</p> <p>Como demandados figuran la empresa y el SEPE, que no se han personado. No obstante, estiman que no debe tenerse en cuenta el período anterior a la regularización del trabajador, ya que son períodos en los que no se ha estado cotizando a la Seguridad Social.</p>	<p>El Tribunal estima que los períodos trabajados antes y después de la obtención de la autorización de residencia y trabajo son dos períodos separados y "estancos". En este sentido, no puede tenerse en cuenta el período transcurrido con anterioridad a la concesión de la autorización de residencia y trabajo ya que según el artículo 10.1 LOEX solo los extranjeros en situación regular tienen derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social. A pesar de que el artículo 14.3 LOEX establece que todos los extranjeros podrán acceder a las prestaciones básicas, entre estas no se encuentra la de desempleo. Para mayor abundamiento, el artículo 36.5 <i>in fine</i> LOEX explicita textualmente que "el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo".</p> <p>No obstante, según el Tribunal, esto no excluye que el empleador no sea responsable de los daños y perjuicios causados cuando la falta de requisitos para acceder a la prestación le sea imputable, en base a los artículos 1101, 1258, CC; 36.3 LOEX; 100.1 y 104 LGSS. El empleador sería responsable únicamente con alcance indemnizatorio.</p>

**Referencia sentencia:** España. TSJ de la C. Valenciana (Sala lo Social, Secc. 1ª). Sentencia de 18 de junio 2009, nº rec. 3181/2009 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>Se plantea el caso de un extranjero que es despedido en noviembre de 2006, el despido es declarado improcedente y se opta tácitamente por la readmisión. Al no reincorporar efectivamente a su puesto al empleado, el juzgado extingue la relación laboral en mayo de 2007, fecha en la que se le caduca el permiso de residencia y trabajo.</p> <p>Posteriormente, el trabajador solicita subsidio para desempleados mayores de 52 años, que le es denegado. Impugnando judicialmente, la Sentencia de instancia reconoce el derecho del trabajador, y el SEPE recurre en suplicación ante el TJS de la Comunidad Valenciana.</p>	<p>En el presente caso se debate si un trabajador al que se le ha caducado el permiso de residencia tiene derecho a una prestación por desempleo en su modalidad no contributiva o asistencial (subsidio).</p> <p>Además, se debate si el empresario tiene algún tipo de responsabilidad indemnizatoria para con el empleado.</p> <p>Para ambas cuestiones, el Tribunal hace referencia a la Sentencia del TS de 18 de marzo de 2008 (núm. recurso 800/2007) comentada anteriormente.</p>	<p>El SEPE recurre en suplicación alegando que el sujeto no cumple con varios de los requisitos para obtener el subsidio por desempleo para mayores de 52 años. En primer lugar, el art. 215.1.2.b) y 216.2 de la antigua LGSS (RD Legislativo 1/1994), aplicable al caso, requiere de 6 meses de cotización para obtener el subsidio, lo que el sujeto no cumple. Además, dado que en el momento de solicitar la prestación tenía caducado el permiso de residencia y trabajo, tampoco puede solicitar activamente empleo ni aceptar colocaciones, por lo que tampoco cumple con los requisitos de los artículos 203.1, 207. c), y 209.1 que la derogada LGSS establece para ser beneficiario de un subsidio por desempleo.</p> <p>El solicitante alega que durante su empleo ha cumplido con los requisitos para la prestación, y que sí ha cumplido con el requisito de los 6 meses cotizados.</p>	<p>Para la obtención del subsidio por desempleo, debía el solicitante cumplir con los requisitos de los artículos 203.1, 207.c) y 209.1 de la antigua LGSS en el momento del hecho causante de la prestación. El primero hacía referencia a la necesidad de "poder y querer trabajar", y el solicitante no puede, al tener caducado el permiso de residencia. El segundo se refiere a "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación" y el art. 209.1 establece que solo podrán ser beneficiarios los que acrediten los requisitos, por lo que el Tribunal estima el recurso y determina que no le corresponde el subsidio.</p> <p>Por último, como no es imputable al empresario el no cumplimiento de los requisitos, este no tiene responsabilidad indemnizatoria.</p>

**Referencia sentencia:** España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia de 23 octubre de 2014, nº rec. 668/2014 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>Se enjuicia el caso de un sujeto (trabajador en el Centro de Información de Trabajadores Extranjeros de Comisiones Obreras) que actúa como mediador en la contratación de ciudadanos extranjeros, cobrando un precio a estos para su colocación como trabajadores en España con la correspondiente autorización de residencia y trabajo.</p> <p>La AP de La Coruña estima delito del art. 318 bis.1 CP, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, condenando por este tipo penal al mediador (además de a la devolución de las sumas cobradas a los trabajadores) y a CCOO como responsable civil subsidiario.</p> <p>El condenado y CCOO recurren ante el TS mediante recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de forma.</p>	<p>En este caso se debate si la persona que media en la contratación de ciudadanos extranjeros residentes en el extranjero, por un precio, comete o no delito del art. 318 bis.1 CP, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, cuando a raíz de su intermediación se ha llevado a cabo un contrato con la correspondiente autorización de residencia y trabajo y respetando por lo demás todas las normas en materia socio-laboral.</p>	<p>En el recurso de casación, los recurrentes alegan multitud de motivos: falta de claridad en los hechos probados (art. 851.1 LECrim), vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del principio acusatorio (arts. 5.4 LOPJ, 24 CE y 852 LECrim), vulneración del derecho a la presunción de inocencia e inexistencia de prueba indiciaria suficiente ni prueba de cargo (art. 24.2 CE), vulneración del derecho de defensa (arts. 302 LECrim y 24 CE) y la aplicación indebida del art. 318 bis.1 CP.</p> <p>Las partes recurridas (dos trabajadores extranjeros afectados) y el Ministerio Fiscal argumentaron que no se tuvieran en consideración los motivos alegados por los recurrentes.</p>	<p>El Tribunal Supremo desmonta los motivos de los recurrentes, pero el último lo estima. En efecto, cita la STS núm. 1087/2006, en el sentido de que no es posible elevar a delito conductas que vienen configuradas en la legislación como una mera falta administrativa; solo sería sancionable penalmente si los derechos de los ciudadanos extranjeros (bien jurídico protegido por el art. 318 bis.1 CP) se ven seriamente afectados por la conducta. En este sentido, señala que el desplazamiento no es ilegal (requisito imprescindible para el tipo penal), que la oferta de trabajo era real y que los futuros trabajadores cuentan con la autorización de residencia y trabajo.</p> <p>Por ello, absuelve penalmente a los condenados y estima que debería de sancionarse por la LISOS (arts. 16.1 y 36.4), por el cobro de la contraprestación.</p>



**Referencia sentencia:** TJUE. Sentencia de 5 de noviembre 2014, Caso Mukarubega (C-166/13) ECLI:EU:C:2014:2336 (Consultado en Aranzadi).

Resumen	Cuestión debatida	Posiciones de las partes	Resolución por el Tribunal
<p>Se nos presenta el caso de una mujer ciudadana de Ruanda que quiere obtener una autorización de residencia en Francia. Después de otorgársela (y renovársela), en un determinado momento no cumple los requisitos y se le deniega la renovación, declarándola en situación irregular en Francia.</p> <p>Cuando se aprueba la orden de expulsión ella recurre alegando que, según ella, se le ha vulnerado su derecho a ser oída en el procedimiento, por lo que el Tribunal francés plantea cuestión prejudicial al TJUE, para interpretación de la directiva 2008/115/CE, sobre garantías procedimentales en las decisiones de retorno.</p>	<p>En esta cuestión prejudicial el Tribunal interpreta la Directiva 2008/115/CE, aplicable también a España. El Tribunal francés pide interpretación del artículo 6 de la citada Directiva para conocer si el derecho a ser oído en todo procedimiento, que forma parte del derecho de defensa, debe interpretarse "en el sentido de que obliga a la Administración a permitir al interesado que presente sus observaciones cuando pretenda adoptar una decisión de retorno respecto a un extranjero en situación irregular".</p> <p>Al margen de la Sentencia pero intrínsecamente relacionado con ella, en conclusiones veremos sucintamente la regulación española sobre expulsión de trabajadores extranjeros en situación irregular.</p>	<p>La señora Mukarubega afirma que se le ha vulnerado su derecho a ser oída en todo procedimiento, ya que en el momento de acordarse la decisión de retorno no fue oída, con lo que pide que se declare nula la decisión sobre su retorno.</p> <p>Por su parte, el Préfet de la Seine-Sant Denis alega que aunque no fuera oída en el momento de la decisión de retorno, fue oída en el momento de acordar su irregularidad, con lo que su derecho no se vio vulnerado en ningún momento.</p>	<p>El TJUE comienza aclarando que es diferente la declaración de irregularidad, la decisión de retorno y la decisión de expulsión. La segunda es consecuencia de la declaración de irregularidad, de tal forma que si se declara en situación irregular a un extranjero, ello debe conllevar, salvo contadas excepciones, la decisión de retorno. La decisión de expulsión, por otro lado, es la ejecución o materialización de aquella decisión.</p> <p>Teniendo esto claro, el Tribunal estima que el momento en el que se debe dar audiencia es en el que se declara la irregularidad del extranjero. No es necesario, en este sentido, volver a dar audiencia cuando se pretende, a raíz de la anterior declaración, decidir sobre el afirmativo retorno del extranjero.</p> <p>Por este motivo, estima que la señora Mukarubega no vio vulnerado su derecho a ser oída en el procedimiento ni se produjo indefensión en este sentido, por lo que la decisión de retorno es válida.</p>

## **CONCLUSIONES**

En este trabajo, se aborda el régimen jurídico del empleo de extranjeros en situación irregular desde una perspectiva amplia, mediante el análisis de 15 sentencias: 8 del TS, 2 del TC, 2 del TJUE y 3 de TSJ, además de la consulta de otra sentencia del TS y un auto del TS, que se comentarán posteriormente. En este sentido, existe una serie de problemas aplicativos e interpretativos, que resuelve la jurisprudencia, sobre los siguientes aspectos: qué derechos son los que posee el extranjero en situación irregular que se encuentra o se ha encontrado trabajando; a qué prestaciones puede tener derecho y en qué medida; y qué obligaciones y responsabilidades juegan en este ámbito, centradas fundamentalmente en el empresario. También se tratan temas como la obligación de cotización en estos casos, la sucesión de contratas con asunción de plantilla cuando uno de los trabajadores se encuentra en situación irregular, la protección en caso de insolvencia empresarial, y el derecho a ser oído en la resolución que decida sobre el retorno del extranjero.

Considero que es interesante el estudio de la presente cuestión debido a que la inmigración irregular es un fenómeno que implica la movilización de miles de personas en nuestro país, como se puede comprobar por el hecho de que solo desde el 1 de enero de 2019, hasta el 29 de abril de este año (últimos datos existentes) han accedido a nuestro Estado 8.400 inmigrantes irregulares, según el Ministerio del Interior (2019), en su informe quincenal. Esta cifra, sumada a la importante "cifra negra" que se puede dar en este ámbito y sumada a su vez a los registros de períodos anteriores, supone que muchos de estos extranjeros acaben con un contrato de trabajo, nulo de no solicitar autorización de residencia y trabajo para el extranjero, aunque válido respecto a los derechos del trabajador, como posteriormente veremos, por lo que es necesario conocer el régimen jurídico de estos cuando están prestando servicios para un empleador.

Es necesario, por ello, comenzar definiendo el contrato de trabajo con extranjero en situación irregular. Se puede decir que es aquél mediante el cual un empresario compra la mano de obra de un trabajador que, sin ser nacional español, de un país miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza, no posee autorización de residencia. En este sentido, el régimen jurídico del contrato de trabajo con un extranjero que no posee autorización de residencia y trabajo difiere del régimen jurídico cuando

solo falta la autorización de trabajo (pero se posee la de residencia), a raíz entre otros del artículo 14 LOEX, en el que se especifica que los extranjeros residentes tendrán derecho a todas las prestaciones de Seguridad Social en la mismas condiciones que los españoles (sin importar si poseen o no la autorización de trabajo), mientras que los extranjeros que no poseen autorización de residencia solo tienen derecho a las prestaciones sociales básicas (STS nº rec. 800/2007).

Por otro lado, el extranjero miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo tiene derecho de libre circulación por el territorio español, en virtud del artículo 3, en relación con el artículo 1 del RD 240/2007 y de los artículos 45 y ss. TFUE. Este derecho se extiende también a Suiza, por el acuerdo entre la Unión Europea y Suiza, de 21 de junio de 1999.

### Derechos y prestaciones

El art. 7.1 ET en relación con el art. 36.1 LOEX establece la nulidad del contrato de trabajo con extranjero en situación irregular. No obstante, el artículo 36.5 LOEX, establece la validez del contrato respecto a los derechos del trabajador (STS nº rec. 2398/2012). Estos derechos incluyen:

- Indemnización por despido objetivo, debido a la falta o pérdida de autorización de residencia y trabajo, ya que el despido por la falta de esta debe sustanciarse por esta vía, incardinándose como motivo del art. 52 a) ET (STS nº rec. 1341/2015).
- Indemnización en caso de despido improcedente en la misma medida que tienen los españoles (STS nº rec. 2398/2012 y STS nº rec 1341/2015), incluyendo como tal el cese del trabajador producido debido a la falta de autorización de trabajo en los casos de sucesión de contratistas con asunción de plantilla, en la que la nueva contratista no podría subrogar al trabajador (STSJ Cataluña nº rec. 6147/2010), excepto en el caso de que la falta de autorización sea a consecuencia de una actitud dolosa del trabajador, donde no tendría derecho este a la indemnización (STSJ Madrid nº rec. 150/2014 citado en Auto TS nº rec. 3388/2014). También se considera improcedente el despido cuando se basa en una cláusula contractual por la cual se pacta que la pérdida de autorización de

residencia y trabajo conlleva el despido sin indemnización (STS nº rec. 1341/2015).

- Salarios de tramitación en caso de despido declarado improcedente, dada la imposibilidad de readmisión, en base a los arts. 286.1 y 281.2 LRJS.
- Evidentemente el derecho a la remuneración por el trabajo prestado (art. 9.2 ET).
- Derecho a prestaciones sociales básicas, entre las que no se incluye el desempleo (ni en su modalidad contributiva ni asistencial), ni tampoco prestaciones por contingencias comunes, entre otras (arts. 14.3 y 36.5 LOEX; STS nº rec. 1153/2015; STS nº rec. 800/2007; STSJ C. Valenciana nº rec. 3181/2009; STSJ Extremadura nº rec. 426/2012). Entre estas prestaciones sociales básicas se incluyen los servicios sociales, la asistencia sanitaria de urgencia (art. 12 LOEX), las que así establezcan las leyes, y según la STS nº rec 351/2003, la asistencia social externa a la Seguridad Social, que es competencia de las Comunidades Autónomas (STS nº rec 800/2007).
- Derecho a prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en base al Convenio 19 OIT y el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social (STS nº rec. 4217/2002), excepto si el trabajador suplanta la identidad de otro y vicia con ello el consentimiento contractual del empleador (STS nº rec. 106/2009).
- Protección en caso de insolvencia empresarial, en base a la Directiva 80/987/CEE (STJUE C-311/13).
- Derecho a ser oído en el procedimiento que decida sobre su irregularidad (STJUE C-166/13), en base a la Directiva 2008/115/CE.
- En las STC 236/2007 y 259/2007, el TC establece que los extranjeros en situación irregular son titulares, en lo que a nuestra materia nos interesa, del derecho de libertad sindical (incluyendo el derecho a huelga), derecho de reunión, manifestación, asociación y derecho a la asistencia jurídica gratuita, ya que, al margen de que el art. 13 CE establezca la posibilidad de establecer límites adicionales a los extranjeros, dichos límites deben darse dentro del marco

constitucional, y los citados derechos son titularidad de todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa o legal.

En lo relativo a la protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial, la Directiva 80/987/CEE fue modificada en sucesivas ocasiones, y dio lugar a una codificación, que se llevó a cabo mediante la directiva 2008/94/CE. En la STJUE C-311/13, podemos comprobar cómo los Estados Miembros no pueden excluir del ámbito de aplicación de la directiva a los trabajadores extranjeros en situación irregular, debido a que no está entre las exclusiones posibles de la Directiva, a menos que se ofrezca una protección equivalente. En palabras del Tribunal, "los Estados no pueden definir libremente el término "trabajador asalariado"". Llevado el contenido de la Sentencia a nuestro derecho interno, se puede concluir que los arts. 1.1 y 8.1 ET no podrían excluir del término "trabajador" a los trabajadores en situación irregular, al margen de la nulidad de su contrato. Esto se pone en relación con el artículo 36.5 LOEX que establece la validez del contrato respecto a los derechos del trabajador (STS nº rec. 2398/2012). Por todo ello, el artículo 13 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, cuando establece que serán titulares del derecho todos los trabajadores vinculados por relación laboral, ha de entenderse que se incluye a los extranjeros en situación irregular, al menos en los casos en los que el FOGASA responde de forma subsidiaria debido a la insolvencia empresarial (el caso protegido por la directiva).

#### Obligaciones y responsabilidades

Es el empresario el que tiene la obligación de solicitar la autorización de residencia y trabajo cuando pretenda contratar a un trabajador extranjero (art. 36.4 LOEX). Además, la STS nº rec. 9978/1992 establece la obligación por parte del empresario de cotizar por el trabajador extranjero en situación irregular, ya que estima que la referida cotización viene incluida en "la remuneración consiguiente a un contrato válido" del art. 9.2 ET. Además, no dar de alta al trabajador en la Seguridad Social supondría un incumplimiento del art. 29.1.1º RD 84/1996, en relación con el art. 16.2 LGSS, lo que conlleva la responsabilidad derivada del artículo 22, apartados 1, 2, 3 y 4 de la LISOS, además de un incumplimiento del art. 53.2 (infracción grave) LOEX.

Por otro lado, el empresario tiene la obligación de pagar la prestación que le correspondería a un trabajador en situación irregular que sufre un accidente de trabajo o enfermedad profesional. En este sentido, la STS nº rec. 4217/2002 establece la responsabilidad del empresario en estas circunstancias, si bien la mutua debe adelantar el pago, y sin perjuicio de las responsabilidades subsidiarias del INSS y TGSS. Ello es debido a que, como comentaba anteriormente, es el empresario el que incumple la obligación de solicitar la autorización de residencia y trabajo (art. 36.4 LOEX), además de la obligación de cotizar por el trabajador. No obstante, en los casos de suplantación de identidad por parte del trabajador que haya viciado el consentimiento contractual del empleador, este último no tiene responsabilidad de ningún tipo (y el trabajador no tiene derecho a la prestación) ya que la carencia de autorización no es imputable al empresario (STS nº rec. 106/2009).

El empresario tiene también responsabilidad en el pago de la indemnización por despido en el caso de despido objetivo del art. 52 a) ET (STS nº rec. 1341/2015) y en el pago de la indemnización y salarios de tramitación si el despido es declarado improcedente (STS nº rec. 2398/2012 y STS nº rec. 1341/2015). Además, si el despido es por imposibilidad de la contratista entrante de subrogar al trabajador, en supuestos de sucesión de contratas con asunción de plantilla, la responsabilidad de la indemnización por despido y los salarios de tramitación es de la contratista saliente, que es la que incumple su obligación de informarse sobre la situación legal de sus trabajadores extranjeros y solicitar la autorización de residencia y trabajo de ser necesario (STSJ Cataluña nº rec. 6147/2010). En cambio, según la STSJ Madrid nº rec. 150/2014 (citado en Auto TS nº rec. 3388/2014), no habría responsabilidad de ninguna empresa y por tanto no tendría derecho el trabajador a la indemnización en un supuesto de subrogación empresarial cuando la falta de la autorización de residencia y trabajo sea debida a una actitud dolosa del trabajador.

El extranjero en situación irregular, como he comentado, solo tiene derecho a prestaciones sociales básicas. No obstante, cuando la falta de requisitos para obtener el resto de prestaciones sea imputable al empresario, este tendrá responsabilidad con carácter indemnizatorio para con el trabajador (STS nº rec. 800/2007).

Por otro lado, la persona que intermedie laboralmente cobrando un precio o contraprestación a los trabajadores, será responsable de una infracción muy grave de la LISOS (arts. 16.1. a, y 36.4) (STS nº rec. 668/2014).

Como última conclusión, el Estado español tiene la obligación de ofrecer audiencia al extranjero en el momento de declarar su irregularidad (STJUE C-166/13), en base a la Directiva 2008/115/CE. En este sentido, según la citada Sentencia se entiende cumplido el derecho de ser oído si se le ofrece audiencia en ese momento, aunque no se le vuelva a ofrecer en el momento de decidir sobre su retorno o expulsión, ya que el Tribunal entiende esta última decisión como una consecuencia inevitable de la declaración de irregularidad.

En España, la decisión sobre la expulsión del territorio en vía administrativa puede decidirse, en virtud del artículo 57 LOEX, en relación con el art. 53.1.a), frente a cualquier extranjero que se encuentre en situación irregular en España, siempre en atención al principio de proporcionalidad. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, entre otros supuestos, si el extranjero es beneficiario de algún tipo de prestación social (art. 57.5.d. LOEX).

Para finalizar, considero que la solución jurisprudencial a los problemas que suscita la materia ha sido satisfactoria, en la medida que conjuga acertadamente los diversos intereses, que son fundamentalmente el del Estado de incentivar la residencia y trabajo legal en España, no reconociendo los mismos derechos a los extranjeros en situación irregular que a los que se encuentran en situación legal y sancionando a los trabajadores y empresarios que incumplan esta normativa; y el del extranjero en situación irregular que ve reconocidos ciertos derechos, algunos de los cuales son de carácter fundamental, además de otros que, correspondiéndoles por Ley, a su vez impiden el enriquecimiento del empresario que contrata a estos extranjeros, con lo que en definitiva, también conduce a un incentivo de la residencia y trabajo legal en España.

## **Bibliografía:**

### **Normas consultadas:**

- España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, nº 311.
- España. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de julio de 2012, nº 162.
- España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de octubre de 2011, nº 245.
- España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, nº 10.
- España. Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de diciembre de 2000, nº 307.
- España. Orden de 28 de diciembre de 1966 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de diciembre de 1966, nº 312.
- España. Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de febrero de 2007, nº 51.
- España. Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de abril de 1985, nº 92.
- España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre de 2015, nº 255.



- España. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de agosto de 2000, nº 189.
  
- Organización Internacional del Trabajo. Convenio nº 19, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, C-019. Ratificación publicada mediante Real Decreto nº 970 en *Gaceta de Madrid*, nº147, 16 de mayo de 1928, p.1107.
  
- Unión Europea. Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra - Acta final - Declaraciones conjuntas - Información relativa a la entrada en vigor de los siete acuerdos con la Confederación Suiza en los sectores siguientes: libre circulación de personas, transporte aéreo y por carretera, contratos públicos, cooperación científica, reconocimiento mutuo en materia de evaluación de la conformidad y agricultura. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de abril de 2002, nº L-114.
  
- Unión Europea. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 24 de diciembre de 2008, nº L-348.
  
- Unión Europea. Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Versión codificada). *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de octubre de 2008, nº L-283.
  
- Unión Europea. Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de octubre de 1980, nº L-283.
  
- España. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 2011, nº 103.

-España. Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 27 de febrero de 1996, nº 50.

-España. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de octubre de 2015, nº 261.

-Unión Europea. Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26 de octubre de 2012, C-326.

Otros documentos consultados:

- CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS. "El trabajo de los extranjeros" [...] (Tema 39, segundo ejercicio). En: *Temario de Oposición al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: CEF, 2019.

- España. Auto TS (Sala Social, sección 1ª) de 1 de julio de 2015, nº rec. 3388/2014 (consultado en Aranzadi).

- España. STS (Sala de lo Social) de 26 de mayo de 2004, nº rec. 351/2003 (consultado en Aranzadi).

- GOERLICH, José María. "El trabajo de los extranjeros". En: GOERLICH, José María, *Derecho del Trabajo*. García, Jesús (coord.). 6ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 206-215. ISBN: 978-84-9190-556-1

-MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE ESPAÑA. *"Inmigración irregular 2019, datos acumulados 1 enero-29 abril 2019"*. Informe quincenal. España, 2019.

Recuperado de:  
[www.interior.gob.es/documents/10180/10143162/08\\_informe\\_quincenal\\_acumulado\\_01-01\\_al\\_29-04-2019.pdf/904feafc-a090-4a56-bc38-fad196d60a34](http://www.interior.gob.es/documents/10180/10143162/08_informe_quincenal_acumulado_01-01_al_29-04-2019.pdf/904feafc-a090-4a56-bc38-fad196d60a34)